

Roj: SAP B 1661/2014
Órgano: Audiencia Provincial
Sede: Barcelona
Sección: 4
Nº de Recurso: 260/2013
Nº de Resolución: 22/2014
Procedimiento: CIVIL
Ponente: MARIA MERCEDES HERNANDEZ RUIZ-OLALDE
Tipo de Resolución: Sentencia

AUDIENCIA PROVINCIAL DE BARCELONA SECCIÓN CUARTA
ROLLO Nº 260/2013-J

Procedencia Juicio Ordinario nº 511/2012 del Juzgado Primera Instancia 44 Barcelona

SENTENCIA Nº 22/2014

Ilmos/as. Sres/as. Magistrados/as:
D. VICENTE CONCA PÉREZ
D^a. AMPARO RIERA FIOL
D^a. MERCEDES HERNÁNDEZ RUIZ OLALDE

En la ciudad de Barcelona a 21 de enero de 2014

VISTOS en grado de apelación, ante la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Barcelona, los presentes autos de Juicio Ordinario sobre nulidad de cláusulas de contrato nº 511/2012, seguidos ante el Juzgado Primera Instancia 44 Barcelona, a instancia de D. Raimundo , Jose María y ENSENADA DE LLAFRANC, contra CATALUNYA BANC, SA, los cuales penden ante esta Superioridad en virtud del recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la Sentencia dictada en los mencionados autos el día diciembre de 2012.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La parte dispositiva de la Sentencia apelada es del tenor literal siguiente: FALLO Que estimo parcialmente la demanda presentada por D^a Blanca Soria Crespo Procuradora de los Tribunales, actuando en representación de "Ensenada de Llafranc SL," frente a "Catalunya Banc SA." (antes Caixa d#Estalvis de Catalunya) y en su virtud se declara la nulidad de la opción multidivisa y al hecho de otorgarse el contrato en yens japoneses el contrato firmado en fecha 27 de noviembre del 2007 con "Catalunya Banc SA". Dada la esencialidad de esta declaración que afecta a la sustancia del contrato, ello supone que la nulidad que se declara tiene los efectos de una nulidad absoluta, debiéndose restituir las partes las prestaciones en la forma prevista en el art 1.303 CC .

Igualmente se impone a la parte demandada el pago de las costas derivadas de las presentes actuaciones.

Así por esta mi sentencia, juzgando en esta instancia lo pronunció, mando y firmo.

SEGUNDO: Contra la anterior Sentencia interpuso recurso de apelación la parte demandada mediante su escrito motivado, del que se dio traslado la contraria, que se opuso al mismo. Seguidamente se elevaron las actuaciones a esta Audiencia Provincial, correspondiendo por turno de reparto a esta Sección.

TERCERO.- Se señaló para votación y fallo el día 21 de enero de 2014.

CUARTO.- En el presente procedimiento se han observado y cumplido las prescripciones legales.

VISTO, siendo Ponente él/la Ilmo/a. Sr/a. Magistrado/a D/D^a. MERCEDES HERNÁNDEZ RUIZ OLALDE.

Solo se aceptan los fundamentos de derecho de la sentencia apelada, excepto en lo que se opongan a los siguientes

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: Para una adecuada resolución de la cuestión litigiosa, han de efectuarse las siguientes consideraciones fácticas:

En fecha 24 abril 2012, se presentó la demanda origen de las actuaciones, en la que don Raimundo, en nombre propio y representación de la sociedad limitada Ensenada de Llafranc SL, y D Jose María (Letrado que firmaba la misma), decían ejercitar contra la demandada, acción de nulidad de clausulado del préstamo hipotecario celebrado entre las partes, y subsidiarias de anulación del clausulado. A tal efecto referían, en síntesis, que el 27 noviembre 2007 se firmó por el demandante un préstamo en multidisvisas con garantía hipotecaria, documento dos, y que, si bien en la actualidad, la mercantil actora era la titular, desde su construcción fueron D Raimundo y familia quienes hicieron uso de la residencia, que el demandante prestó su consentimiento en base a la información sobre el producto ofertado y su evolución, presuponiendo que la demandada actuaba con profesionalidad y absoluta buena fe, información que debía obedecer a lo establecido en la ley de Mercado de Valores, que nadie de la demandada dio explicaciones del producto, todo ello con independencia de los test de idoneidad y de conveniencia y que examinado el contrato, figura claramente en el pacto primero el capital del préstamo, y por tanto, que el importe abonado es de 360.000 #, abonado en dicha moneda y no en yenes, en el pacto segundo, apartado C y D, opción multidivisa se recoge la cláusula de máxima relevancia que es engañosa por cuanto la cláusula obliga a la entidad prestataria del titular del préstamo a mantener la equivalencia; y hace, referencia a la a tabla de amortización adjunta al final de contrato de préstamo, y ni se mantuvo la equivalencia, ni parecido alguno, entre la tabla calculada por la entidad en el protocolo notarial y la realidad, siendo significativo que en el pacto noveno cuando se constituyó la hipoteca, la propia entidad financiera contempló de forma previsoramente la cantidad de 18.000 # para posibles oscilaciones de divisa en la paridad del yen con el euro, resultado de lo cual es que el demandante creyó que contrataba un préstamo hipotecario que liquidaba intereses según el tipo existente en Japón, siendo este más reducido que en España creyendo por lo tanto que el contrato le resultaba beneficioso el Banco no ofreció el tipo de cambios que se; le iban a aplicar, la forma de liquidación, ni los perjuicios y problemas que podrían originarse, en caso de que el euro bajara su cotización frente al yen; y así la falta de información sobre la esencia del contrato y sus cláusulas, y sobre, sus posibles perjuicios, era insuficiente para concluir que el consentimiento se prestó por error inducido por la actuación dolosa, al no explicársele toda la verdad y sólo hablarse de ventajas, sin advertir de los perjuicios que el contrato podría acarrear, y que fue recibiendo las liquidaciones trimestrales, desconociendo la fórmula empleada para deducir las cantidades descontadas en la cuenta bancaria y que la evidencia de la ignorancia del producto resultaba de que en todos los años de vigencia, jamás se realizó cambio de divisa, el demandante sólo pretende una financiación normal y como era lógico en las mejores condiciones posibles y fue la demandada la que le recomendó el producto, el cual era altamente especulativo con un alto nivel de riesgo y no adecuado para su empresa.

Que, cuando tuvo idea más clara y viendo que su deuda era desmesurada, ganó tiempo formalizando una subrogación de hipoteca el 21 octubre 2010, añadía que también era nulo el pacto octavo, en los que la entidad financiera obligaba a la renuncia del deudor a sus

derechos y poder así transferir unilateralmente el préstamo y suplicó se dictará sentencia, en la que se declarara la nulidad y subsidiariamente la anulabilidad de las cláusulas del pacto segundo C y D del contrato firmado el 27 de Noviembre de 2007, y, por lo tanto, la nulidad y subsidiariamente la anulabilidad de las operaciones, realizadas en yenes japoneses, condenando a la demandada a la restitución, del préstamo hipotecario sin tener en cuenta las cláusulas abusivas declaradas nulas o anulables, recalculando, por lo tanto, el capital que se adeudaba a fecha actual una vez descontadas las amortizaciones e intereses pagados, tal y como sería un préstamo hipotecario absolutamente normal que se liquida en la moneda propia, del país en el que se celebra dicho contrato y se declare la nulidad de la cláusula única del pacto octavo denominado transferencia, todo ello con imposición de costas y gastos si se opusiera a sus justas peticiones, por su mal fe. En cuanto al fondo, alegaba preceptos del Código Civil generales de las obligaciones y contratos, en concreto arts 1255 y 1256 de dicho cuerpo legal, arts 78 y stes de la Ley de Mercado de Valores y Texto Refundido de la Ley general de Consumidores y Usuarios.

Por auto de 25 julio 2012, se tuvo por desistido de la demanda a don Jose María y a D. Raimundo, imponiéndoles las costas generadas por su actuación procesal.

La sentencia que puso fin al procedimiento en la Instancia, en su fundamento jurídico primero, concreta que la escritura de préstamo multdivisas con garantía hipotecaria, documento número dos, se suscribió el 27 noviembre 2007, entre la antecesora de Cataluña Bank S. A, y el prestatario don Jose María. Que el inmueble sobre el que recaía la garantía hipotecaria, había sido adquirido el mismo día del otorgamiento del préstamo por parte de don Jose María, siendo la vendedora " Valla Dalmau S L. Que el 27 diciembre 2007, la finca fue aportada por el señor Jose María a la sociedad que se la había vendido, en virtud del aumento de capital de esta mercantil. El 22 abril 2009 la finca fue vendida a la actora, Ensenada de Llafranc S.L, y a la vista de dicha compra, se otorgó el 21 octubre 2010 escritura de aceptación de subrogación de hipoteca y afianzamiento solidario, en virtud de la cual la sociedad limitada actora se subrogaba en el préstamo multdivisas con garantía hipotecaria, incorporándose el afianzamiento solidario de D Raimundo.

Analizaba las cláusulas de la opción multdivisa, entendiendo que por la propia estructura del contrato presentaba un importante nivel de complejidad, al tenerse que conocer la operativa de los interés de otros países, como las variaciones de los tipos en el mercado de divisas, elementos sujetos a múltiples variables y de difícil predicción. En el Fundamento de Derecho segundo tras analizar la ley General de Consumidores y Usuarios, actualmente Texto Refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2007 y en concreto, la figura del consumidor, consideraba que a la vista de los elementos obrantes, en autos no era posible considerar que la operación se verificará en un ámbito ajeno a la actividad empresarial, o profesional, y el análisis de las actuaciones no era posible, llevarlo a cabo desde la perspectiva de tal normativa protectora, y así partía de que el objeto social de la actora era la compra, tenencia y arrendamiento no financiero de inmuebles por cuenta propia, que el administrador único era Don Raimundo , que es asimismo quien intervino como administrador de la empresa promotora Valls Dalmau SL, que es quien vende el inmueble a Don Jose María , quien a su vez lo aportó a la promotora, y que fue la mercantil que vendió el inmueble a la actora, venta en la que quien intervino como representante de Valls fue el señor Raimundo , e interviniendo por el comprador don Luis Alberto , que el 14 noviembre 2010 fue nombrado administrador único de la compradora y titular del inmueble don Raimundo . De ello, concluía que la demandante es una empresa que se integra en las operaciones gestionadas por su administrador, señor Raimundo , referentes al mundo de la promoción inmobiliaria, corroborado por las testificales, en el acto del juicio, realidad que no se veía obstaculizada por el hecho de ocupar el señor Raimundo el inmueble con su familia, pues lo que se acreditó es que la demandante se trata de una empresa titular del inmueble al que le fue transmitido desde la promotora, la cual es administrada por la misma persona, que administra la sociedad titular actual, tras las transmisiones intermedias al señor Jose María y de nuevo la promotora.

En el fundamento tercero se analizan los requisitos para que pueda declararse la anulabilidad de un contrato por error, añadiendo que el deber de diligencia exigible a un administrador es mayor que el predicable al ciudadano medio, lo cual no significa que deba ser un experto en materia financiera y que a lo anterior se añadía qué quien suscribió en, un momento inicial el contrato, era el propio letrado que interviene en la causa y en la que se estimó que era asimismo demandante, aun cuando posteriormente desistió, condición profesional, que aun cuando no lo convierte en un profesional de finanzas, sí que le confieren un nivel de conocimiento y preparación jurídica elevado y que le hace pleno conocedor de la importancia que tiene la suscripción de un préstamo con garantía hipotecaria. Continuaba expresando que tras esa indicación de la condición de la demandante, lo que era esencial en todos los contratos, es que quien se obliga tenga conocimiento adecuado de su contenido y, caso de vulnerarse podría operar la doctrina, jurídica del error de cara a la anulabilidad, incluso, hasta poder determinar su nulidad absoluta o inexistencia. A continuación, se analizaba la normativa del deber de información, y decía que, en el presente caso, no constaba objetivada la información que se proporcionó al tiempo de la contratación de la escritura de 27 noviembre 2007, y la que se dio al señor Jose María a lo sumo fue verbal y dirigida a otra persona, don Raimundo , con quien si bien el señor Jose María puede tener relaciones profesionales, ello no exoneraba del deber de información que se debía dirigir concretamente a la persona que contrataba, don Jose María . Que tampoco había prueba objetiva de haber proporcionado información al tiempo de la subrogación en el préstamo multdivisas con garantía hipotecaria y así los propios empleados indicaron que no se proporcionó pues se trataba de una mera subrogación, considerando la parte demandada que toda esta ya constaba en los datos de la escritura que estaban íntegramente reflejados en el Registro de la propiedad. Por ello, la información se centraba en el propio contenido de la escritura. Que de la lectura de la misma permitía conocer con claridad que el préstamo se otorgaba en yenes japoneses, que el tipo de interés se vincula a esta moneda, debiéndose hacer los pagos en la misma, no obstante lo cual, se ofrece la posibilidad de cambiar la moneda en la que hacer los pagos, cambio que afecta al tipo de interés a aplicar. En cuanto a los riesgos de la operación, aparecían en la cláusula D del pacto segundo, y que el riesgo de fluctuación de los tipos de cambio era aun mayor, ya que la cláusula fijaba además por el prestatario una obligación de mantenimiento de la equivalencia del importe del préstamo en yenes euros fijada al determinar el monto del préstamo, hasta el punto de preverse que si la desviación era superior al 5% el prestatario se obligaba a cancelar parcialmente el capital pendiente de amortizar del préstamo al objeto de mantener, la equivalencia, todo ello con la indicación adicional de que el incumplimiento sería causa, de vencimiento anticipado de la póliza. Que si bien la exposición ponía de manifiesto la existencia de una previsión específica por la fluctuación de, los tipos, y era conocido por quien iba suscribir y por quien se subrogara, añadía que era necesario analizar si cabría entenderla como suficiente, dados los términos del préstamo, entendido en su conjunto y que, a tal efecto, obraba en autos el informe emitido por el señor José, documento cinco de la demanda, quien afirmó el carácter especulativo del contrato, la no definición en el contrato de los riesgos concretos y el no ofrecimiento de un producto de cobertura, indicando que el yen había perdido entre julio de 2008 y enero de 2012 un 43,27 de su valor, lo que llevó aparejado como consecuencia que el cliente debe un 57% más de lo estimado por el banco en su simulación inicial y un 49% más del capital solicitado inicialmente del préstamo hipotecario. Que se aportó informe elaborado por don Raúl, documento seis de la demanda, quien expresó como si era atractivo, el producto cuándo se contrató, luego el atractivo desapareció ya que el euro perdió el 50% de su valor en relación al yen por lo que la deuda hipotecaria se incrementó, considerando el perito que solamente expertos conocedores del mercado de divisas podrían haber supuesto que estos productor financieros podrían ser susceptibles de variaciones tan importantes. Que también se aportó, informe elaborado por el señor Jose Pablo , de fecha 13 julio 2011; considerando que el prestatario lo que hizo no fue una inversión, y que cuando se contrató no era previsible una fluctuación del tipo de cambio de ambas divisas en el sentido producido.

Explicaba el juez, que de la lectura del contrato se destaca que existían múltiples riesgos que debían ser tomados en consideración, el primero el de los tipos de cambió, que alcanzaba no solamente a la relación del cambio euro-yen, sino qué incluía los tipos de cambio de la

totalidad de las divisas alternativas, divisas que no se concretaban en el contrato y ninguno de los peritos comparecientes pudo concretar cuáles eran, diciendo que para ello se debería acudir a las oficinas de la demandada. Que el elemento anterior afectaba a otra circunstancia esencial y. Que era el tipo de interés aplicable ya que el mismo dependía de la divisa en la que se estuviera abonando el préstamo, y así, pasado el primer año, el interés variable se fijaba sumando al fijo de referencia 1,04 puntos, si el capital pendiente de amortizar estaba en euros, o 1,44 al pito de referencia si fuere alguna de las divisas alternativas. Como tipo de referencia se tomó en consideración el Euribor en vigor, si caso de estar el capital en euros y para el resto de divisas se indicaba que sí ésta se integra en el índice Libor, sería de aplicación el precio del dinero del mercado interbancario de Londres para depósitos no transferibles, y si no se aplicaría el del mercado interbancario oficial del país correspondiente a la divisa, indicando que el tipo de interés no podía superar el 10%, no pudiendo tampoco los peritos indicar cuáles eran las divisas integradas en el BBVA Libor, al ser un elemento cambiante, no pudiendo conocer los tipos si no se acudía o se tenía acceso a bases de información financiera altamente especializadas, por ello consideraba que una completa información de los riesgos debería haber incluido más elementos., que aquellos a los que se refiere la escritura en la que solamente se alude a los riesgos de cambio de dividas, pero sin indicar cuáles y que si bien era legítimo que determinadas personas adquirieran un producto financiero vinculado a tales riesgos, era necesario que fueran conocedoras de lo que estaban llevando a cabo. Y en el caso, había importantes omisiones. Las mismas no afectaban al hecho de ser un préstamo en moneda extranjera, y a restituir en la misma, pues se advierte de ello, tampoco a una posible variación de los tipos de interés, pues toda persona cuando firma un interés variable, asume que puede producirse una subida de tipos, sino, que concretaba el problema, considerando que en el presente supuesto la prestataria desconocía al tiempo de la contratación, las monedas que se incluirían en la opción multidivisa, y con ello los intereses a aplicar; pues van ligados, a la moneda elegida, y de hecho es una realidad variable y tiene importancia sustancial, dados, los términos del contrato pues es la forma como el prestatario podría contrarrestar las variaciones de tipo de cambió y de los tipos de interés pudiendo cambiar la moneda en la que hacía efectivo el préstamo, y no solamente con el euro. Como la información no fue adecuada, el error existente en torno a dicho elemento afecta a la suscripción del contrato en yenes japoneses y por ello, consideraba que la demanda debía ser estimada; en cuanto al pacto de la cláusula octava no podía ser examinado bajo la perspectiva de la ley de consumidores y declaraba improcedente la declaración de nulidad. En el fundamento quinto, se llegaba a la conclusión de entender nulo parte del contrato y, en concreto, la opción multidivisa del hecho de haberse otorgado el mismo en yenes japoneses, siendo válido todo lo restante y en cuanto a los efectos de ello, analiza que la actora solicitó una nulidad parcial, la cual se permite cuando, afecta a lo accidental pero, en este caso, la nulidad afecta el hecho de haberse contraído el préstamo en una divisa extranjera yen, y a la posibilidad de ir mudando el abono de los diferentes vencimientos en euros u otras divisas, lo que afectaría en sí misma al tipo de interés aplicable. En cuanto a la esencialidad de ese dato, lo que se prestaba era un monto en yenes equivalente a una cantidad en euros y como esa suscripción del contrato en yenes con la opción multidivida, es la que no se considera correcta, por vicios del consentimiento, tal circunstancia es esencial y debe generar los efectos de una nulidad total, nulidad absoluta y, en este caso, la propia demandante alude a una nulidad cuya calificación como absoluta o relativa se estima es una cuestión jurídica a cuya valoración está obligado el tribunal, por lo que no existiría incongruencia. Estimaba parcialmente la demanda, declaraba la nulidad de la opción multidivisa y al hecho de otorgarse el contrato inglés japoneses el contrato firmado en fecha 27 noviembre 2007 con la demandada, y dada la esencialidad de tal declaración, suponía la nulidad que se declara tenía los efectos de la nulidad absoluta, debiéndose restituir las partes las prestaciones en la forma prevista en el artículo 1303 del código civil. Imponía la demandada las costas derivadas de las actuaciones.

Frente a la misma, se interpone por Cataluña Bank S.A, el presente recurso, en el que tras resumir los hechos, recaló que no nos encontramos ante una contratación con consumidores, como ello se recoge correctamente en el Fundamento Jurídico segundo y que los intervinientes en las diferentes contrataciones eran un abogado, un administrador de

sociedades inmobiliarias y una entidad financiera. Que como quiera que la acción que se ejerció era la de vicios de consentimiento prestado, se debería concretar sobre qué negocio se presta y por parte de quien; que el demandante no era parte en la contratación del préstamo, que el demandado tampoco lo fue en la compraventa del señor Jose María a Valls & Dalmau y que la demandada tampoco fue parte en la venta de esta sociedad a la actora. Que en la subrogación la demandante no otorgó ningún, consentimiento, sino que es la demandada quien aceptó la subrogación de conformidad con el artículo 1205 del código civil y que sé pasó por alto que la sociedad actora adquirió la condición de prestatario por la forma en que decidió pagarle el precio de la compraventa a la Sociedad Valls & Dalmau SL. que por ello, la recurrente era ajena a poder informar, comercializar o realizar labor de asesoramiento a la sociedad demandante, pues jamás contrató con la misma sino que se limitó a consentir la subrogación, y que de existir un vicio en el consentimiento, debería estar en el administrador de la actora, en la forma de pagar el precio en la venta del 22 abril 2009, en la que la demandada ni participó, ni fue el responsable del presunto vicio y en el mejor de los casos, la actora debería demandar a Valls & Dalmau SL, y pedir la nulidad de la compraventa, pero no del préstamo. Que la actora, dada la inscripción en el Registro de la Propiedad, no podía invocar una ignorancia de la naturaleza de la carga que aceptaba el inmueble y de que garantizaba un préstamo de 58.470.851 yenes japoneses, y el resto de condiciones; que desde la excusabilidad del error, desde un punto de vista subjetivo, el señor. Jose María , que es quien contrató en primer lugar, es el abogado que suscribe la demanda, siendo a la vez el abogado del señor Raimundo y socio suyo en Valls & Dalmau SL, profesional del mundo inmobiliario que suscribió diferentes, financiaciones de promotor incluso más complicadas que la presente, como se acredita en prueba testifical. Que la demandante sabía perfectamente cuando se subrogó en el préstamo, que era en yenes japoneses, la variación del cambio yen/euro es una variable que asumo la demandante y mientras le fue beneficioso no lo cuestionó y que en el presente supuesto, no se podía decir que la demandada influyera en la asunción por la demandante del préstamo porque simplemente no contrató con ella sino que fue sólo la actora, la que por su cuenta y riesgo, optó por la subrogación para pagar el precio de la finca y posteriormente la Caixa consintió la subrogación, liberando al primitivo deudor. En este pleito, era intrascendente la. evolución del yen del Libor y su fluctuación, ya que la información sobre todos estos aspectos podía dar lugar a un hipotético vicio del consentimiento del señor. Jose María , pero jamás de la sociedad demandante, discrepando que el señor. Jose María no fuera consciente de los riesgos, siendo muy listo de desvincularse vendiendo la finca y aceptando la subrogación para pagar el precio, insistía en que era el abogado de sociedades promotoras inmobiliarias y se le debía presumir que conoce que es un préstamo de los que habría visto mucho, en su vida profesional. Que la sentencia hacía hipótesis de la cuestión, ya que se planteó supuesto que no había sucedido, cuál era el cambio de la divisa, lo cual ni tan siquiera se pidió que ello, habría sido otra demanda diferente y que, incluso en la hipótesis de que fuera una cláusula oscura, debía resolverse a favor de la interpretación favorable a la demandante como podía ser cambiar a la divisa referente al euro, pero tampoco, nada de ello se pidió en la demanda, y que no es lo mismo la oscuridad de una cláusula sobre su interpretación que la nulidad, y lo que no era oscuro es que pague en la divisa que pague, el importe monetario debería ser equivalente a su contravalor en yenes. Finalmente, en la alegación sexta denunciaba incongruencia extrapetita de la sentencia, ya que se pedía la nulidad de la cláusula C, pagar en alguna divisa alternativa, no la de todo el prestatario lo que conllevaría en el mejor de los casos que se declarara nula esa facultad, es decir, la de devolver en otra divisa, pero permanecería incólume el resto, por cuanto el capital prestado es en yenes y en yenes debería devolverse y como ya se expresa en la contestación, la solicitud de nulidad de las cláusulas que se piden en el suplico, abocan al absurdo para la demandante, ya que es ella misma que pide la nulidad de una cláusula que le es facultativa, como es devolver en alguna otra divisa. Que desaparezca la opción multividiva, es simplemente eso, pero el contrato no queda afectado esencialmente porque con los restantes pactos podría continuar tranquilamente desplegando sus efectos y nunca la supresión de la cláusula facultativa puede dar lugar a la nulidad de todo el contrato. Suplicó que se revocara la sentencia, se desestima la íntegramente la demanda y que se impusieran a la demandante las costas del procedimiento.

Que con el recurso la recurrente reiteraba sus argumentos para obviar que vendió un producto que la revista Ausbanc tildó de práctica repugnante, en Agosto de 2012, señaló errores numéricos en la exposición de hechos, respecto a las transmisiones, mas que las mismas no afectaban al producto hipotecario; y la realidad es que la empresa Valls & Dalmau (Virtudes es la esposa del .Sr. Raimundo), tenía la obligación de transmitir antes de 3 años por exigencias de la Generalitat, y la última transmisión se realizó al tomar conciencia de la envergadura de la peligrosidad del producto hipotecario, y consecuencias, situándolo en una sociedad de mera tenencia, exclusivamente creada para esta vivienda junto con su hipoteca en yens, eso sí pagando un importante precio por la subrogación, consistente en el afianzamiento solidario, y la ampliación del derecho de vuelo para tres plantas más y tres propiedades más del Sr Raimundo, y que en la actualidad la demandada habla presentado tres ejecuciones hipotecarias. Que desde el primer momento se aclaró que el Sr Raimundo, administrador de la actora, su esposa e hija quienes ostentan la vivienda, que la demandada, no le reconoce, legitimación, pero no tiene reparos en ejecutar a la sociedad y a D Raimundo, y adjudicarse todo su patrimonio, que el Juez sí se centró en el nefasto producto y que la demandada ni informó al Sr Jose María

, al qué nadie conocía en la sala de vistas, ni a Raimundo, ni a la actora y no podía ir ahora contra sus propios actos al haberles negado legitimación. Que a pesar de que diga que no contrató con la actora, se preguntaba qué era el documento notarial de 21 de octubre de 2010, y qué fue quien vendió el producto, Sr Edemiro quien se trasladó a la Notaría de Lérida, exigiendo la Caixa la firma y ampliación de garantías. Que no existía financiación más complicada que una hipoteca multidivisa, y así quedó probado en las periciales, y que por el hecho de ser un administrador no se suponen conocimientos financieros de mercados internacionales, y que no pueda estar viciado el consentimiento, que el producto no fue beneficioso, ya que cuando contrató se adeudaba 360.000 # y en Abril de 2012 se le reclamaban, tras cinco años de pagó de importantes cantidades la suma de 540.000 #, y que el no utilizar el cambio de divisa acreditaba que había que estar muy asesorado para cambiar de una divisa a otra, que el suplicó era claro, pidiendo que se condenara a la demandada a restituir el préstamo sin tener en cuenta las cláusulas declaradas nulas o anulables, recalculándolo, como sería un préstamo absolutamente normal que se liquida en la moneda del país, término que fue utilizado por peritos y testigos. Hacía hincapié en que la demandada no defendía el producto, sino que se fundamentaba en cuestiones procesales y que una desviación del 50% era una barbaridad, que la Caixa jugó a la especulación con familias, haciendo acopió de la divisa, no endeudándose ellos, pero sí sus clientes. Qué la persona que vendió el producto fue el Sr Cipriano, y con la única persona que trató fue con el Sr Raimundo, abusando de la confianza.

SEGUNDO: En resumen, la parte actora, al igual que mantuvo en el acto de la audiencia previa .lo que interesaba en el escrito rector no era la anulación de todo el contrato, sino de determinadas clausulas, pretendiendo, un préstamo hipotecario que tildaba de "normal" esto, es en la moneda del país, y con los tipos normales, dando como explicación que ello le permitiría seguir abonándola y, en cambio, si se producía la nulidad de todo el contrato había que restituir las prestaciones, y perdería la vivienda.

Las cláusulas que estimaba eran anulables, eran la C y D del pacto segundo del contrato de 27 de Noviembre de 2007, así como el pacto octavo, y básicamente lo que sé alegaba era su contratación por la información que le proporcionó el Banco, quien habría actuado sin profesionalidad, no dando explicaciones del producto, que la cláusula de opción multidivisa era engañosa, al obligar a mantener la equivalencia, con referencia a tabla de amortización adjunta, sin ningún parecido, y así en la hipoteca solo se fijaron 18,000 # para posibles oscilaciones de la divisa. También consideraba que el Banco no ofrecía el tipo de .cambios que se le iban a aplicar, liquidación o perjuicios que podían originarse, si bajaba el Euro en relación al yen.

Consta en la escritura de préstamo, que don Jose María, recibía en fecha 27 noviembre 2007, la cantidad de 58.470.851 yenes japoneses equivalente a 360.000 # que se abonaban en

determinada, cuenta bancaria. El prestatario se obligaba devolverlo en el plazo de 28 años, a partir del 27 noviembre del año 2009, mediante 112 cuotas trimestrales debiendo pagarse precisamente en la misma divisa en que se hubiera efectuado el último pago, salvo lo dispuesto en el apartado C/ siguiente. En dicho apartado A referido a la amortización, se decía que a los efectos del cálculo de la equivalencia a la que se refería a la letra D siguiente, se anexaba un cuadro teórico de amortización del préstamo calculado al tipo de interés inicial, del que resultaba el capital pendiente, en la divisa prestada y en euros, después del vencimiento pactado de cada una de las cuotas.

En efecto la letra C, cuya anulación se pretendía llevaba por título opción multidivisa. En ella aparecía que dicha opción se podría ejercitar, a petición del prestatario con arreglo a las siguientes condiciones y, en concreto, que el prestatario notificarla a la Caja, antes de las 11 horas del tercer día hábil anterior al comienzo de un periodo de interés, su deseo de ejercitar la opción y consecuentemente satisfacerla con la cuota correspondiente al próximo periodo de intereses, en euros o en una de las divisas alternativas; divisa cuyo cambio haya sido publicado por Caja de Cataluña según la circular 8/90 del Banco de España. La cantidad de divisa alternativa objeto de la opción sería la necesaria para -adquirir el Importe equivalente del capital pendiente no vencido, al tipo de cambio publicado por la Caja de Cataluña según la circular 8/90. El ejercicio de la opción habría de ser por una divisa alternativa cuyo interés, determinado según lo establecido en el pacto tercero bis, no supere el tipo máximo garantizado en el pacto noveno. Si el prestatario, no optará por satisfacer la cuota correspondiente al siguiente periodo intereses mediante una moneda alternativa de las indicadas, u optara por una de las que se refiere la letra C anterior, se entendería que tal cuota deberá ser satisfecha en la misma moneda que la anterior. Si una vez adquirida la divisa alternativa, el prestatario impagada la cuota correspondiente al periodo de intereses, la Caja quedaba facultada para vender la nueva divisa y unificar la totalidad de la deuda en euros con la divisa en que se ha producido el impago.

En la letra D, cuya anulación también se interesaba, se expresaba que el ejercicio de la opción multidivisa no suponía, en ningún caso la elevación del importe del préstamo, ni reducción del riesgo en vigor, y que por tanto., el prestatario reconocía que el préstamo, estaba formalizado en divisas, por lo que asumía explícitamente los riesgos de cambio que pudieran originarse durante la vida del préstamo, exonerando a la Caja, de cualquier responsabilidad derivada de dicho riesgo, incluida la posibilidad de que el contravalor en euros de la moneda en que se haya ejercitado la opción, pudiera ser superior al límite pactado y por ello, el prestatario se obligaba a mantener la equivalencia establecida en el pacto primero entre la divisa prestada y su contravalor en euros, de forma que en ningún momento, el capital pendiente de amortizar en divisas, en un determinado, periodo interés, representará un incremento de la deuda en euros que resulte del cuadro teórico de amortización que se anexa al contrato, y si la desviación era superior al 5%, el prestatario se obligaba a cancelar parcialmente el capital pendiente de amortizar del préstamo al objeto de mantener dicha equivalencia.

En el pacto tercero, se fijaban los intereses ordinarios y en el tercero bis la determinación del tipo de interés variable; en el octavo, también interesada su nulidad, se expresaba que la Caixa se reserva la facultad de transferir a cualquier otra persona natural o jurídica los derechos demandantes del contrato, sin tener necesidad de notificar la cesión o transferencia el deudor, quien al efecto renunció al derecho que le concede al artículo 149 de la ley Hipotecaria vigente.

En el noveno se constituía la hipoteca, en garantía del capital prestado de 58.470.851 yens, más la cantidad de 18.000 # para cubrir las posibles oscilaciones en la paridad entre la divisa en que se ha concedido el préstamo y el euro. Se taso la finca hipotecada de común acuerdo, a efectos de subasta, en 650.243,68 #.

En cuanto a las testificales verificadas en el acto del juicio resaltar: El Sr. Paulino, que dijo ser vecino, expresó que en la finca de Llafranc, hay tres viviendas, para tres familias, reside allí desde el inicio de la construcción, el compró en 2005 y ya estaba allí, el uso era vivienda familiar, en el piso tercero había una placa de la empresa en el buzón. El compró a Valls Dalmau, en el momento de la compra le representó Raimundo , él no está empadronado, va fines de semana, y algún, día entre semana, vive en Lleida, el Sr Raimundo no sabe dónde está domiciliado, ni sabe dónde está empadronado.

D. Edemiro , empleado de Cataluña Bank, dijo haber visto el contrato, recuerda cuando, se firmó la subrogación, que Raimundo le facilitó escritura de compraventa con subrogación, la envió a la central para que aprobaran la subrogación y garantía personal, se dio orden departamento de créditos y se cambió nombre, la subrogación se la dieron hecha, ya le dieron escritura, la Caixa solo la aceptó, conoce al Sr Raimundo y al Sr Jose María hablo una vez por teléfono, hará tres o cuatro años, que el no estuvo en la firma de la operación, solo en la subrogación, que la hipoteca ya estaba concedida, ya estaba aceptada por las partes, consumada, solo se cambiaron titulares. Era uno más en cartera, creé que se sigue teniendo, pero no lo sabe seguro. Que cada tres meses se emite un recibo, y el cliente días antes puede cambiar de divisa, se pone el importe que tiene que le queda por pagar, no se dice nada mas pues queda a elección, del cliente, cambiar. Evolución no esperada, dice que se vigila hay controles internos, que se ha hablado con Raimundo y él tampoco ha pedido nada. La solución cada caso diferente, que el cliente, podía cambiarse, avisando a la entidad, es libre el cliente, ellos no tienen que decidir, no sabe los intereses del cliente. Que el Sr Raimundo es administrador sociedades inmobiliarias, le ha dado varios préstamos a promotor, a sociedades en que Raimundo participaba, cuándo en febrero 2008 cree que había tres promociones no recuerda es si socio o administrador, él no ha influido el hecho de que la actora decidiera adquirir el inmueble.

El Sr Melchor , también empleado de la demandada., manifestó que estuvo presente ante el Notario, firma hipoteca, en Lleida, Raimundo también como parte vendedora, Jose María , comprador y el Sr Jose María , era la primera vez que coincidió con comprador y vendedor, no conocía al Sr. Jose María , en esta operación le llamó un compañero para que fuera a firmar le pasó documentación para lectura del notario, concisa y clara breve, explicó que la deuda era en yenes, y en que cada trimestre se podía escoger otra divisa, que el no negocio la hipoteca, no sabe quién lo ofertó, no sé hizo seguro de cambio, y cree que ahora el producto está retirado y no se comercializa, cada trimestre podía referenciarla y también podía en Euros, no es afectó a mifid no requiere asesoramiento, es la norma insiste no producto mifid, depende conocimientos personas tiene que conocer mercado divisas, él se considera normal y lo entiende, porque trabaja en ello, Raimundo era conocido por sus actividades mercantiles como Jose María , con experiencia asesoran a los clientes en el ámbito inmobiliario, y una gestoría, fiscal, global, asesoramiento, no le pareció desconocidos en notaría, se fueron y vinieron juntos, en tono jovial.

El Sr Cipriano , empleado de la demandada, era el Director donde se formalizó la hipoteca inicial, manifestó que le dio las opciones que había a Raimundo , conoce también al SR Jose María , pero no le explicó, era promotor inmobiliario y asesor empresas, tenía relación con ellos, planteo de una promoción en Llafranc, que se, podía vender a un abogado y socio suyo, y se planteó la financiación, abanico posibilidades y entre estas, la multividiva, lo decidió el cliente, optó por el yen, todo con Raimundo , era el interlocutor, el cliente cada tres meses podía cambiarse, luego él cambió de oficina, pero después con el nuevo Director le consta que hablaron la entidad cree que no hace nada, en la escritura ya están, los mecanismos otros casos., decidieron volver a euro, o franco suizo lo deciden los clientes, ellos no saben cómo va a ir la evolución, cuando hay aspectos técnicos tienen departamento, pero no se mojan de futuro, igual que un especialista en bolsa no cree que el cliente tenga que ser experto en la divisa, explican las características al igual que el Notario, y condiciones, mercado oscilante y lo sabe, no sabían que caería, el test de idoneidad no es necesario, no se hizo ni se hace, no sujeto para este producto, el regulador no lo exige. Ha habido reuniones, habla opción, seguro cambio etc, si se ofreció, pero es caro y no se quiso, otros clientes sí; la entidad

tampoco está obligado a ofrecerlo la relación en 12 meses, cada trimestre, se ve, incluso el departamento especialista, en la primera, revisión él ya no estaba. Él explicó abanico de posibilidades, no era la primera financiación de Valle & Dalmau, la cuota de cara al cliente era menor, a posteriori sabe de otras garantías y que ha perdido inmuebles. Añadió que al Sr Raimundo lo conocía desde hace años, era promotor y tenía despacho profesional, asesoramiento empresas, y él había hecho esta promoción, tres viviendas y se quedó con una, también otras financiaciones ej 15 viviendas en Lleida, otra de 8 o 9 en el centro de Lérida, un centro médico, varias operaciones, qué compartían el despacho y eran socios en operaciones y el Sr Jose María, estaba al corriente.

La sentencia, para llegar a la nulidad del contrato, entiende que no constaba objetivada la información que se proporcionó al tiempo de la contratación de la escritura de 21 noviembre 2007, ni que se hubiera proporcionado información al tiempo de la subrogación del préstamo y que por ello la información se centraba en el propio contenido de la escritura. Que si bien su lectura permitía conocer con claridad que el préstamo se otorgaba en yenes japoneses y que el tipo de interés se vinculaba a esa moneda, debiéndose hacer los pagos en la misma; se ofrecía la posibilidad de cambiar la moneda lo cual afectaba también al tipo de interés. Que los riesgos de la operación aparecían en la cláusula D y que si bien en la exposición existía una previsión específica por la fluctuación de los tipos, en el informe pericial emitida por el señor José , documento cinco de la demanda, se afirmó el carácter especulativo del contrato, no definición en el mismo de los riesgos concretos no ofrecimiento de un producto de cobertura y que el documento seis, informe del señor Raúl , mostró que si el atractivo el producto en la fecha de la contratación el mismo desapareció ya que el euro perdió el 50% de su valor en relación al yen y que sólo expertos conocedores del mercado de divisas podrían suponer que estos productos, financieros podrían ser susceptibles de variaciones tan importantes consideraba el Juez, que de la lectura del contrato existían múltiples riesgos, el primero de los tipos de cambio no solamente euro -yen, sino que incluía los tipos de cambio de la totalidad las divisas alternativas, las cuales no se concretaban en el contrato, diciendo que para ello se debería acudir a las oficinas de la demandada, que el elemento anterior afectaba a otra circunstancia, tipo de interés aplicable, ya que dependía de la divisa en la que se estuviera abonando el préstamo, y como tipo de referencia se tomó el Euribor, caso de estar el capitán en euros, y para el resto de divisas indicaba qué se integraban en el índice Libor, sería de aplicación el precio del dinero del mercado interbancario de Londres para depósitos no transferibles, y si no se aplicaría el del mercado interbancario oficial del país correspondiente a la divisa, sin que los peritos pudieran indicar cuáles eran las divisas integradas en el BBVA Libor, al ser un elemento cambiante, no pudiendo conocer los tipos si no se acudía o se tenía acceso a bases de información financiera altamente especializadas. O sea consideraba que se aludía a los riesgos..de cambio de divisas, pero sin indicar cuáles y que si las omisiones no afectaban al hecho de ser un préstamo en moneda extranjera y a restituirlo en la misma y que tampoco la omisión era por la variación de los tipos de interés, ya que toda persona conoce que a un interés y variable asume que puede producirse una subida de tipos, concluía que en el supuesto la prestataria desconocía las monedas que se incluirían en la opción multidivisa y con ello los intereses a aplicar pues van ligados a la moneda elegida y como la información, al respecto, no fue adecuada, el error afectaba a la suscripción del contrato.

Con respecto a la cláusula octava declaraba, sin embargo, improcedente la declaración de nulidad, al no poder ser examinada bajo la perspectiva de la ley de consumidores.

CUARTO: Previa a la resolución de la cuestión controvertida debe efectuarse la ste consideración, cómo en otros tantos procedimientos de anulación de contratos bancarios se ha dicho, y que consiste en que basada la solicitud de nulidad, por lo general en vicio del consentimiento, el propio T.Constitucional, en su Sentencia de 7 de mayo de 2012 , en el último párrafo de su fundamentó 10, expresaba que por la naturaleza subjetiva, vicio del consentimiento, pudiera excluir toda posibilidad de acumulación, de (decía ha de ejercitarse de forma individual), y lo mismo para las acciones de restitución e indemnización de daños y perjuicios, pues, en cada caso concreto, habría de probarse el daño, nexos causal entre la

conducta de la entidad bancaria y la producción de aquel, y la determinación del quantum del perjuicio causado.

Así el Tribunal Supremo en sentencias de 15 y 21 de noviembre de 2.012 , en consideración a las diversas modalidades contractuales que han proliferado en materia de permutas de interés, ha declarado que serán las circunstancias que concurren en cada caso (subjetivas de los contratantes y objetivas del producto ofertado), las que determinen si en el momento de la perfección del contrato existe error en el particular contratante por ignorancia o equivocación determinante en la emisión de la voluntad negocial.

Con ello queremos decir que, incluso con contratos similares, las respuestas a dar pueden y deben ser diferente, pues dada la acción ejercitada, ha de estudiarse caso por caso, si se da el error denunciado, lo que depende las más de las veces de la información y comercialización del producto y también de la condición del contratante, por lo que esta decisión no es extrapolable a otras personas que contrataran un préstamo de las mismas características, menos cuando sean consumidores, cosa que no alcanza al aquí prestatario, y al efecto se reproducen los argumentos de la sentencia en evitación de inútiles repeticiones, pues con independencia de los motivos que llevaran a los socios intervinientes a vender el objeto hipotecado, aportarlo luego otra vez a la sociedad promotora, y luego adquirirlo la actora, no era obstáculo a ello la ocupación por el .Sr Raimundo y familia, pues la operación no se verificó e ámbito ajeno a la actividad empresarial y buena prueba de ello es que él propio testigo Sr Paulino , indicó que en el buzón correspondiente al piso tercero, seguía habiendo una placa de la empresa, cuando el Sr Jose María aporta la vivienda a la sociedad promotora, indica que no es vivienda familiar habitual (folio 151) y de ahí que no puedan ser invocadas las normas relativas a los consumidores y usuarios, y por ello la resolución ya dijo que al no ser aplicable, tal normativa, no cabía anular la cláusula octava.

Las anteriores sentencias del T Supremo son de las más recientes que se han pronunciado en productos bancarios y que examinan la información y el error

En la sentencia del Tribunal Supremo de 21 de noviembre de 2.012 , que casa la de la Audiencia Provincial, que había anulado permutas financieras de tipos de interés con tipo fijo creciente en rango, concertado entre una limitada y Banesto, por entender que no se había sufrido un error invalidante del contrato, se dice que no es correcta en términos absolutas la equiparación el defecto de información con la existencia de error, reitera que hay error vicio cuando la voluntad del contratante se forma a partir de una creencia inexacta, es decir, cuando la representación mental que sirve de presupuesto para la realización del contrato es equivocada o errónea. Que un elemental respeto a la palabra dada, y la seguridad jurídica, asentada en el respeto a lo pactado, impone unos criterios razonablemente rigurosos y así, en primer término es necesario que la representación equivocada, merezca esa consideración, lo que exige que se muestre para quién afirma haber errado, como suficientemente segura y no como una mera posibilidad dependiente de la concurrencia de inciertas circunstancias.

En segundo lugar, que el artículo 1266 del código civil , dispone que el error ha de recaer sobre el objeto materia propia del contrato, ha de ser esencial, en el sentido de proyectarse, precisamente, sobre aquellas tres suposiciones, respecto de la sustancia, cualidades o condiciones del objeto materia del contrato que hubiera sido la causa principal de su celebración, en el sentido, de causa concreta de motivos incorporados a la causa, que si los motivos o móviles no sé objetivaron ya elevaron a la categoría de causa concreta del contrato, el error sobre ellos resulta irrelevante; que las circunstancias erróneamente representadas puede ser pasadas, presentes o futuras, ...pero en todo caso han de ser tomadas en consideración en el momento de perfección o génesis de los contratos, y que el error vicio al exigir que la representación se muestre razonablemente segura difícilmente cabrá admitirlo cuando el funcionamiento del contrato se proyecta sobre un futuro más o menos próximo con un acusado componente de aleatoriedad, ya que la consiguiente incertidumbre implica la asunción por los contratantes de un riesgo de pérdida, correlativo la esperanza de una ganancia., Añade que el error ha de ser, además de relevante, excusable, porque valora la

conducta del ignorante o equivocado, negando protección a quien, con el empleo de la diligencia que era exigible a las circunstancias concurrentes, habría conocido lo que al contratar ignoraba y, en la situación de conflicto, protege a la otra parte contratante, confían en la apariencia que genera toda declaración negociar seriamente emitida.

Los requisitos sobre el error que han sido reiterados en la sentencia del T.Supremo de 29 de octubre de 2013, en la que se expresa, tras rechazar el recurso por infracción procesal"

SÉPTIMO: El error vicio y los requisitos que ha de reunir para anular el contrato.

Reiteramos la doctrina que sobré la materia, resumió la sentencia 683/2012, de 21 de noviembre. En ella expusimos que cabe hablar de error vicio cuándo la voluntad del contratante, se hubiera formado a partir de una creencia inexacta - sentencias 114/1.985, de 18 de febrero , 295/1994, de 29 de marzo , 756/1996, de 28 de septiembre , 434/1997, de 21 de mayo , 695/2010, de 12 de noviembre ., entre muchas. Es decir, cuando la representación mental que hubiera servido de presupuesto para la celebración del, contrato fuera equivocada o errónea.

Es lógico que un elemental respeto a la palabra dada - " pacta sunt servanda" - imponga la concurrencia de ciertos requisitos para que el error invalide el contrato y consecuentemente, pueda quien lo sufrió quedar desvinculado. Al fin, los contratos constituyen él instrumento jurídico por el que quienes los celebran, en ejercicio de su libertad-autonomía de la voluntad -, deciden crear una relación jurídica entre ellos y someterla a una "lex privata" (ley privada) cuyo contenido determinan.

La seguridad jurídica, asentada en el respeto a lo pactado, impone en esta materia unos criterios razonablemente rigurosos - sentencia de 15 de febrero de 1977 -.

En primer término, para que quepa hablar de error vicio es necesario que la representación equivocada merezca la consideración de tal. Lo que exige que se muestre, para quien afirma haber errado, como suficientemente segura, no como una mera posibilidad dependiente de la concurrencia de inciertas circunstancias.

Dispone el artículo 1266 del Código Civil que, para invalidar el consentimiento, el error ha de recaer

- además de sobre la persona, en determinados; casos - sobre la sustancia de la cosa que constituye el objeto del contrato o sobre aquellas condiciones de ella qué principalmente hubieren dado motivo a celebrarlo

- sentencias de 4 de enero de 1982, 295/1994, de 29 de marzo, entre otras muchas -, esto es, sobre el objeto o materia propia del contrato - artículo 1261, ordinal segundo, del Código Civil-.

Por otro lado, de existir y haberse probado, el error debería ser esencial, en el sentido de proyectarse, precisamente, sobre aquellas presuposiciones - respecto, de la sustancia, cualidades o condiciones del objeto o materia del contrato que hubieran sido la causa principal de su celebración, en el sentido de causa concreta o de motivos incorporados a la causa.

Es cierto que se contrata por razón de determinadas percepciones o representaciones que cada contratante se hace sobre las circunstancias - pasadas, concurrentes o esperadas - y que es en consideración a ellas que el contrato se les presenta como merecedor de ser celebrado. Sin embargo, si dichos motivos o móviles no pasaron en la génesis, del negocio jurídico, de meramente individuales, en el sentido de propios de uno solo de los contratantes; o, dicho con otras palabras, no se objetivaron y elevaron a la categoría de causa concreta de aquel, el error sobre ellos resulta irrelevante como vicio del consentimiento.

Se entiende que quien contrata soporta el riesgo de que sean acertadas o no las representaciones que, al consentir, se hizo sobre las circunstancias en consideración a las cuales le había parecido adecuado a sus intereses quedar obligado.

Como se indicó, las circunstancias erróneamente representadas pueden ser pasadas, presentes o futuras, pero, en todo caso, han de haber sido tomadas en consideración, en los términos dichos, en el momento de la perfección o génesis de los contratos - sentencias de 8 de enero de 1962 , 29 de diciembre de 1978 y 21 de mayo de 1997 , entre otras -.

Lo determinante es que los nuevos acontecimientos producidos en él desenvolvimiento de la relación contractual resulten contradictorios, con la reglamentación creada. si no es así, se tratará de meros eventos posteriores explicables por el riesgo que afecta a todo lo humano.

Repetíamos que el error vicio exige que la representación equivocada se muestre para quien la efectuó como razonablemente segura, de modo que difícilmente cabrá admitirlo cuando el funcionamiento del contrata se proyecte sobre un futuro más o menos próximo con un acusado componente de aleatoriedad, ya que la consiguiente incertidumbre implica la asunción por los contratantes de un riesgo, en caso de operaciones económicas, de pérdida, correlativo a, la esperanza de una ganancia.

Por otro lado, el error ha de ser excusable. La jurisprudencia - sentencias de 4 de enero de 1982; 756/1996, de 28 de septiembre , 726/2000, de 17 de julio , 315/2009 de 13 de mayo - exige tal cualidad, pese a no estar mencionada en el artículo 1266, porque valora, la conducta de quién se presenta como ignorante o equivocado, negándole protección cuando, con el empleo de la diligencia que ere exigible en las circunstancias concurrentes, habría conocido lo que al contratar ignoraba y, en esa situación de conflicto, protege a la otra parte contratante, confiada en la apariencia que genera toda declaración negocial seriamente emitida.

Las prestaciones debidas por las partes no estaban, consiguientemente, determinadas al perfeccionarse el contrato, sino que debían serlo en el futuro, de conformidad con los criterios establecidos en él por las contratantes. Eran, por tanto, determinabas en función de las oscilaciones futuras de los tipos de interés o, lo que es lo mismo, en atención a acontecimientos futuros e inciertos, derivados de las fluctuaciones del mercado. De ellos dependía o solo la determinación de las prestaciones, sino también la identificación de quien, en cada periodo de liquidación, sería deudor.

Sentado lo anterior del escaso relato de hechos probados que contiene la sentencia recurrida no deriva base para entender que la representación equivocada, sobre el resultado de la operación con la que M. Polo, SL afirmó haber contratado, fuera razonablemente segura. No cabe desconocer., que, el funcionamiento del contrato se proyectaba sobr é un futuro, más o menos próximo, con un acusado componente de incertidumbre. Lo que implicaba que dicha sociedad asumía, de modo evidente, un riesgo de pérdida correlativa a la esperanza de obtener una ganancia.

Es difícil admitir que una sociedad con experiencia en el mercado y en las relaciones con las entidades bancarias, como... SL, padeciera un error como el declarado en las instancias. Pero, en todo caso, hay que rechazar que el mismo superase el límite de loe riesgos asumidos y, en último caso, que fuera excusable.

En la sentencia 822/2012, de 18 de enero , recordamos que la regla "pacta sunt servanda" exige que los contratantes cumplan sus obligaciones aunque les resulten más onerosas de lo que habían previsto, tanto por un aumento de los costes de la ejecución como por una disminución del valor de la contraprestación a que tuvieran derecho pero, añadimos, que cuando la previsión de los contratantes sobre la subsistencia o el cambio de la situación económica en la que se celebró el contrato no hubiera sido minuciosa - mediante el establecimiento de condiciones suspensivas o resolutorias o cláusulas estabilizadoras -, se

plantea la cuestión de determinar los efectos que, en la reglamentación contractual, pueda producir una imprevista y extraordinaria mutación de aquellas circunstancias, ya sea porque las representaciones mentales de los contratantes se hubieran formado a partir de una determinada realidad - criterio subjetivo -, ya porque la alteración llegue a romper, en medida inadmisiblemente, el equilibrio de prestaciones y, según cual haya sido el tipo negocial elegido a privar de todo sentido a la reglamentación pactada - criterio objetivo -.

Como expusimos en dicha sentencia, la cuestión ha sido tratada por la doctrina, desde distintos puntos de vista -como el de la continuada influencia de la causa onerosa del contrato, la excesiva dificultad de cumplir la obligación asumida, la asignación de los riesgos contractuales, la alteración de la base del negocio, objetiva y subjetiva, la interpretación del contrato y la doctrina de la presuposición o la supuestamente implícita "cláusula rebús sic stantibus omnis conventio intellegitur"...- No obstante, la jurisprudencia, utilizando especialmente esta última fórmula, se ha referido a la mencionada cuestión, para destacar la admisibilidad en nuestro sistema de los medios de corrección de la frustración económica del contrato, en determinadas situaciones particulares

- así, entre otras, en las sentencias de 31 de octubre de 1963, 15 de marzo de 1972, 16 de junio de 1983, 27 de junio de 1984, 19 de abril de 1985, 17 de mayo de 1986, 13 de marzo de 1987, 6 de octubre de 1987, 23 de marzo de 1988, 16 de octubre de 1989, 21 de febrero de 1990, 12 de noviembre de 1990, 1202/1993, de 14 de diciembre, 209/1994, de 15 de marzo, 344/1994, de 20 de abril, 29/1996, de 29 de enero, 1048/2000, de 15 de noviembre, 1059/2000, de 17 de noviembre, 129/2001, de 20 de febrero, 1234/2001, de 28 de diciembre, 518/2002, de 27 de mayo, 313/2004, de 22 de abril, 539/2004, de 18 de junio, 1090/2004, de 12 de noviembre, 481/2005, de 17 de junio, 953/2006, de 9 de octubre, 79/2007, de 25 de enero, 197/2007, de 1 de marzo, 966/2007, de 26 de septiembre, 175/2009, de 16 de marzo, 336/2009, de 21 de mayo, 781/2009, de 20 de noviembre, 360/2010, de 1 de junio, 84/2012, de 20 de febrero, 93/2012, de 21 de febrero, 240/2012, de 23 de abril, 243/2012, de 27 de abril -.

Esa influencia de los cambios imprevistos sobre la posibilidad de la resolución del vínculo o, especialmente, la modificación equitativa de su contenido, resulta también admitida en ordenamientos cercanos. En alguno, cuando se trate de contratos de ejecución continuada, periódica o diferida para el caso de que la prestación de cualquiera de las partes "e divenuta eccessivamente onerosa" - artículos 1467 y 1468 del Código Civil italiano -. En otros, simplemente en el supuesto de que las circunstancias en que las partes fundaron la decisión de contratar "tiverem sofrido uma alteracao anormal" - artículo. 437 del Código Civil portugués.

También precisamos que cualquiera previsión, sobre el futuro de tales instrumentos no puede prescindir de que hoy gozan de reconocimiento en los principales textos de armonización y actualización en materia de interpretación y eficacia de los contratos, como son los Principios Unidroit sobre los contratos comerciales internacionales - artículo. 6.2.2 - los Principios de derecho europeo de contratos - artículo 6.111- o los trabajos para la modernización del Derecho de obligaciones y contratos.- artículo 1213 -. En similar sentido se expresó la sentencia 644/2012 de 8 de noviembre.

Sin embargo, para que sea aplicable esa técnica de resolución o revisión del contrato se exige, entre otras condiciones, como señaló la sentencia de 23 de abril de 1991, que la alteración de las circunstancias resulte imprevisible, lo que no acontece cuando la incertidumbre constituye la base determinante de la regulación contractual".

En base a la infraestructura fáctica y jurídica precedente, no compartimos la conclusión de la sentencia. Así, es que no todo defecto de información, es sinónimo de error, y además, estimamos que ni una cosa, ni otra se producen. Es cierto que se expresó, en el juicio por empleado de la demandada, que cuando se produjo la subrogación por la sociedad actora del préstamo hipotecario no se dio información del producto, pero además de que ninguna obligación había de efectuarlo, no justifica ni cita norma alguna que en tal acto la imponga, como tampoco la aplicación de la Ley de Mercado de valores, que la propia sentencia que se

cita del Juzgado de Madrid nº 97 considera inaplicable (la Directiva: 2004/39/CE (LA LEY 4852/2004), se traspuso por la Ley 47/2007, de reforma de la LMV, que traspuso al ordenamiento interno las disposiciones de la Directiva MIFID, no entro en vigor hasta el 21 de diciembre de ese año,), pues el préstamo ya estaba constituido y era la actora quien solicitaba subrogarse, no puede obviarse que estaba representada por el Sr Raimundo , administradora de Ensenada de Llafranc SL que fue quien recibió precisamente dicha información previa a la constitución del préstamo hipotecario, en fecha 27 de noviembre de 2007, aun cuando el prestatario fuera el Sr Jose María , y. así lo indicó en prueba testifical el sr Cipriano , quien dijo haber ofertado una abanico de préstamos y fue el Sr Raimundo quien optó por la que nos ocupa ignorándose por qué el Sr Jose María delegó esa decisión en su socio, pero lo evidente es que lo asumió al suscribir él dicho préstamo, conociendo su contenido asistiendo a la firma con el Sr Melchor , quien además explicitó como el Sr. Notario leyó el contenido del contrato.

En la propia sentencia se reconoce que con su lectura permitía conocer con claridad que el préstamo se otorgaba en yenes japoneses y que el tipo de interés se vinculaba a esa moneda, debiéndose hacer los pagos en la misma, se ofrecía la posibilidad de cambiar la moneda lo cual afectaba también al tipo de interés, y en el propio escrito rector se expresa tal conocimiento, en el hecho sexto se dice que de la letra del contrato y la información de la demandada, creyó que contrataba un préstamo hipotecario que liquidaba intereses en el tipo existente en Japón, porque era más reducido y le beneficiaba.

En realidad lo que el demandante denunciaba es que la información era incompleta, oscura y carente de veracidad, más lo hacía con fundamento en la evolución que habían sufrido las divisas, cuando se le habría hecho creer que la evolución sería otra, y por ello ha sido tan perjudicial la elegida, en relación a la que estima normal, divisa del propio país y Euribor, refiriéndose a la tabla de amortización y a que en la hipoteca sólo se previesen 18.000 #, para posibles oscilaciones de divisa en la paridad del yen. A nuestro juicio, ningún engaño se produce con ello, pues ni conoce la entidad la futura evolución, y por eso es producto especulativo, y lo que la actora no indica es que en el mismo contrato ya se dice tanto en la letra A, como en la D, que son meramente cuadros teóricos, calculado al tipo de interés inicial, del que resulta el capital pendiente, en la divisa prestada y en Euros, y en el apartado D se resaltan los riesgos, precisamente al reconocer el prestatario que el préstamo esta formalizado en divisas y también, por ello se dice que cabe la posibilidad de que el contravalor en Euros de la moneda en que se haya ejercitado la opción, pueda ser superior al límite pactado. No puede hacer responsable a la entidad de la evolución de las monedas, y como dice el T. Supremo el error vicio exige que la representación equivocada se muestre para quien la efectuó cómo razonablemente segura, de modo que difícilmente cabrá admitirlo cuando el funcionamiento del contrato se proyecte sobre un futuro más o menos próximo con un acusado componente de aleatoriedad, ya que la consiguiente incertidumbre implica la asunción por los contratantes de un riesgo, en caso de operaciones económicas, de pérdida, correlativo a la esperanza de una ganancia, que era lo pretendido por el actor. Asimismo en testifical, se indicó que se le ofreció un seguro, pero que fue desechado por lo elevado de su importe.

Por otra parte, ni si quiera existía obligación de permanecer en la moneda en la que se contrató, pues en la cláusula C, eso sí facultativamente para el prestatario, podía cambiar el préstamo a otro tipo de divisa, lo que modificaba a su vez también el tipo de interés. El Juez considera que precisamente en base a la misma se produce la nulidad, pues al tiempo de la contratación, no se podían conocer todas las divisas que integraban la opción, ni por tanto los tipos. Tampoco lo compartimos, por cuanto el hecho de que no pudieran conocerse en tal momento temporal, no viciaba al contrato de nulidad, cuando el préstamo ya se había fijado en una moneda e interés, y sí estaban determinadas las divisas y tipos en cada momento en que podía hacerse el cambio, trimestralmente, y además, como también se dice en la sentencia, el prestatario podía conocerlas acudiendo a la entidad. Por otra parte, tampoco se antoja de difícil conocimiento la paridad cada día de las monedas, que no debe confundirse con los mecanismos para establecerla.

En cualquier caso, no consta ni el ejercicio de la opción, ni la solicitud de información para realizarla, no dejando de sorprender que ahora se pretenda: un préstamo "normal" en Euros, y con Euribor, cuando ello era una posibilidad que claramente contemplaba el préstamo hipotecario, no dándose la más mínima explicación del porqué el prestatario nunca interesó antes el cambio, cuando podía hacerlo en cada periodo trimestral, cuando era evidente que conocía el notable ascenso que se producía, en su cuota, con la recepción de las liquidaciones. El Sr. Jose María, en sus interrogatorios insistió mucho en la causa por la que la entidad no le advirtió cada trimestre y le ofertó el cambio, más precisamente el contenido de las liquidaciones ya debía ser advertencia para el inicial prestatario y subrogado, y ellos eran los optantes y no la entidad.

A todo lo anterior cabe añadir que tampoco se nos antoja puedan incurrir en error miembros de un despacho de Abogados, y menos que sea excusable, pues si bien no tienen por qué tener conocimientos financieros, el propio prestatario es quien dirige ahora dirige el procedimiento, y su socio, Sr. Raimundo, también administrador de empresas, había participado en numerosas operaciones de financiación a promotor, como se puso de manifiesto en la prueba testifical, que se tildaron de más complejas, teniendo además gestoría y asesoría.

En consecuencia, se acoge el recurso, considerando que no procede anulación alguna, al igual que ha resuelto a vía de ej la Audiencia de Madrid en su sentencia de 17 de Julio de 2013 , que revoca precisamente aquella sentencia del Juzgado nº 97, autos ordinario 304/2012, que se cita al folio 251.

QUINTO: Las costas de la 1ª Instancia han de imponerse a la actora, sin que se efectúe expresa imposición de las del recurso.

FALLAMOS

Que estimando el recurso de apelación, interpuesto por la representación procesal de Catalunya Banc SA, contra la sentencia dictada por el Juzgado de 1ª Instancia nº 44 de Barcelona, en los autos de juicio ordinario 511-201-2..de fecha 17 de Diciembre de 2012, debemos revocar y revocamos dicha resolución y, en su lugar, desestimando la demanda; que contra la misma interpuso Ensenada de Llafranc SL, debemos absolverle de la misma, con imposición a la actora de las costas de 1ª Instancia y sin que se efectúe expresa imposición de las del recurso.

Se acuerda la devolución del depósito constituido para recurrir.

Esta sentencia es susceptible de recurso de casación por interés casacional y extraordinario por infracción procesal siempre que se cumplan los requisitos legal y jurisprudencialmente exigidos, a interponer ante este mismo tribunal en el plazo de veinte días contados desde el día siguiente a su notificación.

Notifíquese esta resolución a las partes y, una vez sea firme, devuélvase los autos originales al Juzgado de procedencia, con testimonio de la misma, para su conocimiento y cumplimiento.

Así por esta nuestra sentencia, de la que se unirá certificación al rollo, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN: En ese día y una vez firmada por todos los Magistrados que la han dictado, se da a la anterior sentencia la publicidad ordenada por la Constitución y las Leyes. DOY FE.